

عقد الاستصناع

"دراسة فقهية"



□ د. سلمى بنت محمد صالح هوساوي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين. وبعد:

يحتاج الإنسان إلى المصنوعات من السلع ولا يستغني عنها، وتشتد حاجته لها بتطور الحياة وتقدم المجتمعات. وقد لا يجد الإنسان ما يحتاجه فيطلب من الصانع صنعها له مقابل ثمن معين؛ أي أنه يمارس عملية الاستصناع، سواء أكانت المادة من عند الصانع أم كانت من المستصنع.

وقد اهتم الفقه الإسلامي بعملية الاستصناع وقدم لها الضوابط والأحكام التي تجعلها تتم وفق الأصول الشرعية. مع ملاحظة أن المذاهب الفقهية سلكت منهجين في تناولها لموضوع الاستصناع؛ فمنهم من جعله عقداً مستقلاً ولم يدخله في أي باب أو عقد آخر ومنهم من تناوله ضمناً مدرجاً في أبواب وعقود أخرى.

وهذا ما سأبينه في هذا البحث فاسأل الله العون والتوفيق والسداد. وقد جاء البحث في مقدمة وعشرة مباحث وخاتمة وفهرس المراجع على النحو

الآتي:

المقدمة: وفيها بيان فكرة الموضوع وأهميته وخطة بحثه.

خطة البحث:

المبحث الأول: تعريف الاستصناع لغة وشرعاً.

المبحث الثاني: أركان عقد الاستصناع.

المبحث الثالث: حكم عقد الاستصناع.

المبحث الرابع: الحكمة من مشروعية عقد الاستصناع.

المبحث الخامس: تكييف عقد الاستصناع. وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: الاستصناع عقد أم وعد ؟

المطلب الثاني: الاستصناع والبيع.

المطلب الثالث: الاستصناع والسلم.

المطلب الرابع: الاستصناع والإجارة.

المطلب الخامس: الاستصناع إجارة ابتداءً وبيع انتهاءً.

المطلب السادس: الاستصناع والمقاولة.

المطلب السابع: الاستصناع والجمالة.

المبحث السادس: شروط عقد الاستصناع.

المبحث السابع: آثار عقد الاستصناع.

المبحث الثامن: عقد الاستصناع من حيث اللزوم وعدمه.

المبحث التاسع: انتهاء عقد الاستصناع.

المبحث العاشر: أهمية عقد الاستصناع في عصرنا الحاضر وتطبيقاته المعاصرة.

ثم الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث، وتتلوها فهرس المراجع.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

المبحث الأول تعريف الاستصناع

الاستصناع لغة:

طلب الصنعة. جاء في لسان العرب: اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً، واستصنع الشيء دعا إلى صنعه. وأصله: صنع يصنع صنعاً، فهو مصنوع وصنيع. والصناعة حرفة الصانع والصناعة ما تستصنع من أمر^(١).

الاستصناع في الاصطلاح:

له عدة تعريفات عند الحنفية منها:

- ١ - عرّفه ابن الممام: "طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أواني الصفر: أصنع لي خفاً طوله كذا وسعته كذا ودستا - وهي القدر من الحجر - تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا..."^(٢).
 - ٢ - عرّفه الكاساني: "عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"^(٣).
 - ٣ - عرّفه العيني: "أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئاً بثمن معلوم"^(٤).
 - ٤ - ويقول ابن عابدين: "هو طلب العمل من الصانع في شيء خاص على وجه مخصوص"^(٥).
- ولا نجد للاستصناع تعريفاً عند جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة.

(١) لسان العرب مادة صنع.

(٢) فتح القدير (٢٤٢/٦).

(٣) بدائع الصنائع (٢٦٧٧/٦).

(٤) شرح كنز الدقائق (٥٦/٢).

(٥) حاشية ابن عابدين (٢٢٣/٥).

وذلك أنهم لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه كالحنفية بل يرون أنه قسم من أقسام السلم، وهو السلم في الصناعات. وهذا قول المالكية^(١) والشافعية^(٢)، أما الحنابلة فأدجموه في البيع بالصفة، قال المرداوي: "ذكر القاضي وأصحابه أنه لا يصح استصناع سلعة، لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"^(٣).

ومن تعريفات المتأخرين تعريف للأستاذ مصطفى الزرقاء قال: "عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلتزم بتقديمه مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف معينة وبثمن محدد"^(٤).

التعريف المختار:

بعد ذكر تعريفات القدماء والمتأخرين نجد أن بعضها تعريفات بالرسم وبعضها بالحد، ولعل أقرب هذه التعاريف إلى الحقيقة التعريف الذي رجحه الدكتور كاسب بدران وهو: "عقد على مبيع في الذمة يُشترط فيه العمل على وجه مخصوص"^(٥). فهذا التعريف جامع مانع.

بيان محترزات التعريف:

- ١- قوله: "عقد" قيد يخرج الوعد. وهو ما قال به بعض الحنفية.
- ٢- قوله: "على مبيع" قيد احتراز به عن الإجارة لأنها عقد على منافع.
- ٣- قوله: "في الذمة" قيد يخرج البيع لأن من شروط البيع أن يكون مقبوضاً في مجلس العقد.

(١) مواهب الجليل (٤/٥٣٩).

(٢) المهذب (٣/١٦٦).

(٣) الإنصاف (٤/٣٠٠)، كشف القناع (٣/١٣٢).

(٤) عقد الاستصناع للزرقاء ص ١٠.

(٥) عقد الاستصناع ص ٥٩، وارتضاه غيره كما في الاستصناع للثبيتي ص ١٤، وزاد الدكتور الصالح في التعريف: بثن معلوم ومقبوض في مجلس العقد وذلك احترازاً من القول بتأجيل الثمن حيث يؤدي إلى بيع دين بدين ص ٤٢-٤٣.

- ٤- قوله: "يشترط فيه العمل" يخرج السلم لأن السلم بيع آخر بعاجل ولا يشترط فيه الصنع لأنه غالباً يكون طعاماً أو حيواناً أو غير ذلك.
- ٥- قوله: "على وجه مخصوص" أي أنه جامع لشروط الاستصناع التي سيأتي ذكرها. وهو احتراز عما لم يستجمع الشروط فيكون استصناعاً فاسداً^(١).

* * *

(١) عقد الاستصناع د. كاسب بدران ص ٦٠-٦١، عقد الاستصناع د. الصالح ص ٤٢-٤٣.

المبحث الثاني أركان الاستصناع

أركانه ثلاثة كغيره من عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي: العاقدان - والمحل - والصيغة.

١- العاقدان في الاستصناع هما:

أ/ المستصنع: وهو طالب الصنعة. وقد يكون فرداً أو مؤسسة أو شركة.

ب/ الصانع: هو من يقوم بتحضير المادة الأولية ويتولى العمل، إذا باشر الصنع بنفسه هو أو من يقوم مقامه كالصانع الذي يعمل عنده.

٢- المحل: أي محل العقد، وهو المال المصنوع فعند تحويل المادة الأولية إلى شيء آخر متفق عليه يسمى بمال المصنوع.

والثمن هو ما يدفعه المستصنع نظير الشيء المطلوب صنعه وهو قيمة المادة الأولية مع عمل الصانع^(١).

٣- الصيغة: وهي الإيجاب والقبول.

(١) عقد الاستصناع د. كاسب بدران ص ٦٠، وعقد الاستصناع د. الصالح ص ٤٣، عقد الاستصناع د. نعمان السامرائي - مجلة النور - عدد ١١٥ - ذو الحجة.

المبحث الثالث حكم عقد الاستصناع

اختلف الفقهاء في حكم عقد الاستصناع على قولين:

❖ القول الأول:

مشروعية عقد الاستصناع وأنه عقد مستقل وهو قول الحنفية^(١) - ما عدا زفر.

❖ القول الثاني:

عدم صحة عقد الاستصناع، وهذا قول المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية^(٢)، فهم لا يرونه عقداً مستقلاً وإنما يلحقونه بعقد السلم أو البيع بالصفة. الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول وهو مشروعية عقد الاستصناع بأدلة:

أولاً: من القرآن: قوله تعالى: ﴿ قَالُوا يَنْذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلَى أَنْ نَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ (١٢) قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا ﴾ [الكهف: ٩٤-٩٥].

وقد ذكر هذا الدليل الدكتور محمد الأشقر وقال: فهذا إرشاد قرآني يعلم منه صحة الاستصناع شرعاً ولم نر أحداً من أهل العلم تنبه إلى الاستدلال بهذه الآيات... إلى قوله: وفي هذه القصة ذكر الله تعالى أنهم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم السد مقابل مال يعطونه إياه، والظاهر أنهم كانوا يريدون منه أن يعمل بمواد من عنده لأنهم

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٨)، تحفة الفقهاء (٢/٥٣٨)، فتح القدير (٦/٢٤١).

(٢) مغني المحتاج (٢/٢٣٤)، مواهب الجليل (٤/٥٣٩)، مختصر الحرشي (٥/٤٣)، الأم (٣/١٥٨)، الفروع (٤/١٨)، كشاف القناع (٣/١٦٥)، فتح القدير (٦/٢٤٢).

لم يكونوا يعرفون مما يصنع لأنهم: ﴿لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا﴾^(١).

وقد نوقش هذا الاستدلال بما يلي:

١- أنه ليس فيه أن الخراج أو الأجر كان مؤجلاً بل ربما كان مقدماً. وهذا لا يخرج

عن السلم في الصناعات وقد جوزوه العلماء.

٢- ثم إن ذي القرنين طلب منهم إحضار الحديد وغيره من المواد وهذا يكون عمله إجارة لا غير.

ثانياً: من السنة:

أ- حديث نافع: (أن النبي ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب وجعل فسه في بطن كفه....)^(٢).

ب- حديث أنس رضي الله عنه قال: (اصطنع رسول الله ﷺ خاتماً، فقال إنا قد اصطنعنا خاتماً ونقشنا فيه نقشاً...)^(٣).

ت- وعنه أيضاً: (أنه رأى في يد رسول الله ﷺ خاتماً من ورق...)^(٤).

وأجيب عن الاستدلال بهذه الأدلة بما يلي:

١- يحتمل أن يكون النبي ﷺ دفع الثمن في المجلس فيكون استصناعاً بشرط السلم وهذا جائز.

وعلى هذا الاحتمال - بأنه لو دفع الثمن لنقل ذلك ولم نجد لذلك أثراً فيبقى الدليل محتملاً.

٢- يحتمل أن يكون الرسول ﷺ وصحابته قد أتوا بالمادة المطلوب صناعتها فيكون

(١) بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمجموعة. بحث د. الأشقر ص ٢٢٦.

(٢) البخاري مع فتح الباري (٣٢٥/١٠).

(٣) البخاري مع فتح الباري (٢٢٤/١٠).

(٤) البخاري مع فتح الباري (٣١٨/١٠).

العقد إجارة لا استصناعاً.

ورد على هذا الاحتمال: بأنه من المستبعد أن يأتي النبي ﷺ وصحابته بذلك من عندهم ولا ينقل إلينا حيث نقل ما هو أقل أهمية من هذا^(١).

ث- حديث (أن النبي ﷺ بعث إلى فلانة أن مري غلامك النجار يعمل لي أعوداً أجلس عليها إذا كلمت الناس، فأمرته بعملها من طرفاء الغابة، ثم جاء بها...)^(٢) وفي رواية أخرى: (أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله ﷺ: يا رسول الله ألا أجعل لك شيئاً تقعد عليه فإن لي غلاماً نجاراً، قال إن شئت، فعملت له المنبر...)^(٣).

اعترض على هذا الاستدلال: بالرواية الأخرى التي تبين أن المرأة ابتدأت بالعرض تبرعاً منها، وقد جمع بين الروایتين بأنه يحتمل أن تكون المرأة ابتدأت بالسؤال متبرعة بذلك. فلما حصل لها القبول ربما أبطأ الغلام في عمله فأرسل لها الرسول ﷺ يستنجزها إتمامه^(٤). أو أن المرأة تولت تقديم العرض. فلما علم المصطفى قدرة غلامها على صنع المنبر طلب ذلك على أن يدفع القيمة.

ولكن هذا غير مسلم لأنه لو دفع القيمة لنقل إلينا.

ثالثاً: الاستحسان.

يرى جمهور الحنفية أن الاستصناع جائز استحساناً^(٥).

واستدلوا له بعدة أدلة:

١- أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الذي حجمه مع أن مقدار عمل الحجام وعدد مرات

(١) عقد الاستصناع د. الصالح ص ٦٩.

(٢) صحيح البخاري مع فتح الباري (٣١٩/٤).

(٣) المرجع السابق.

(٤) ينظر عقد الاستصناع للدكتور الصالح ص ٧٠.

(٥) فتح القدير (٣٥٥/٥)، البدائع (٢٦٧٨/٦).

وضع المحاجم ومصها غير معلوم.

٢- دخول الحمام بأجر جائز لتعامل الناس، وإن كان مقدار المكث فيه وما يصب من الماء مجهولاً.

٣- مثل هذا شرب الماء من السقاء، فالسقاء يعطي العطشان بدون تحديد لكميته ولا معرفة لما سيعطي الشارب للماء، فهي جهالة يسيرة لا تؤدي إلى النزاع^(١).

٤- إن الشارع أعطى المعدوم حكم الموجود في مسائل كثيرة منها طهارة المستحاضة، وناسي التسمية في الوضوء والذبيحة. فكذا ذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل^(٢).

وقد اعترض على دليل الاستحسان بما روى عن الإمام الشافعي أنه قال: "من استحسّن فقد شرّع".

وقد أجيب عن ذلك: بأن المختلفين في الاستحسان لم يجرروا موضع النزاع، فإن إنكار الشافعي للاستحسان إنما هو المبني على محض العقل وبمجرد القول بالرأي والتشهي من غير اعتماد على دليل شرعي، وهذا المعنى لم يقل به الحنفية، فكان اختلافهم في الاستحسان ظاهرياً لفظياً لا حقيقياً، ولذلك روي عن الشافعي أنه قال بالاستحسان في عدة مواضع مثل التحليف في المصحف وغيره^(٣).

رابعاً: الإجماع العملي قالوا: إن الناس يتعاملون بذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير وأمة محمد ﷺ لا تجتمع على ضلالة^(٤).

(١) عقد الاستصناع د. الصالح ص ٦٧.

(٢) العناية شرح الهداية (٢٤٣/٦).

(٣) كشف الأسرار (١٢٣/٢)، إرشاد الفحول (٢١٢)، الاستصناع للنسبي ص ٦.

(٤) المبسوط (١٣٨/١٢)، فتح القدير (٣٥٥/٥)، بدائع الصنائع (١٦٧٨/٦).

والحديث: ((وما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن))^(١).

وقد نوقش هذا الدليل: بعدم التسليم فإنه ليس هناك إجماع على جواز الاستصناع الذي قال به الحنفية، والذين رأوا أنه غير جائز أكثر من الذين رأوا أنه جائز^(٢).

وأجيب: بأن المقصود بالإجماع الإجماع العملي وهو تعامل الناس به وممارستهم عملياً له حيث لا يجدون منه بد، ولهذا فموقف المخالف هنا يشبه موقف المخالف في جواز البيع بالتعاطي مع تعامل الناس به^(٣).

خامساً: أن الحاجة تدعو إليه حيث أن الناس لا تستغني عن المصنوعات وقد لا تكون متوفرة بالموصفات المطلوبة، الأمر الذي يستدعي استصناعها. فلو لم يجوز الاستصناع لوقع الناس في الحرج والخرج مرفوع في الشريعة الإسلامية^(٤).

وقد نوقش هذا الدليل: بأن الحاجة العامة معتبرة بمنزلة الضرورة في حق آحاد الناس، ومعلوم أن الضرورة مقيدة بعدة قيود، منها أن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها ومنها أن ما جاز لعذر بطل بزواله^(٥)، ثم أن البدائل عن عقد الاستصناع بهذه الصورة لم تنعدم فتسليم رأس المال يقوم مقامه ولا حاجة حينئذ^(٦).

وقد أجيب عن هذا الاعتراض: بما هو معلوم أن الحاجة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليست له حاجة، كالسلم، واقتناء كلب الصيد والماشية، ثم أن تسليم رأس المال في مجلس العقد قد يلحق الضرر بالمستصنع لذا كان عدم دفع الثمن مبعداً لهذه

(١) رواه أحمد في مسنده (٣٧٩/١)، وقد صححه أحمد شاكر موقوفاً. وقال الألباني: " لا أصل له مرفوعاً، وإنما ورد موقوفاً على ابن مسعود" السلعة الضعيفة (٥٣٣).

(٢) بحث علي السالوس في الاستصناع ص ١٠٧.

(٣) الاستصناع د. الزرقاء ص ٢٤.

(٤) بدائع الصنائع (٢٦٧٨/٦).

(٥) عقد الاستصناع د. الصالح ص ٧١.

(٦) الاستصناع د. السالوسي ص ١٠٧، الاستصناع للثبتي ص ٥٩.

المخاطر عنه وحافظاً لحقه^(١).

سادساً: المعقول: أن فيه معنى عقدين جائزين وهما السلم والإجارة. لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً^(٢).

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يصح جمع عقدين بعوض واحد، لأن المبيع في السلم يضمن بمجرد البيع، والإجارة بخلاف ذلك، فاختلاف حكمهما سبب بطلانهما. وقد أجب عن ذلك: بأن اختلاف العقدين في بعض الأحكام لا يؤثر على صحة العقد كمن باع قسطاً له في شيء مع ملك له خاص يصح مع اختلاف الشفعة في الشخص دون الآخر. فكذلك هنا لصدور العقد من أهله في محله فصح^(٣).

أدلة القول الثاني: وهو عدم صحة عقد الاستصناع وأنه ليس عقداً مستقلاً.

١- حديث ابن عمر أن النبي ﷺ: ((فهي عن بيع الكالئ بالكالئ)) قال الحاكم: عن أبي الوليد حسان: هو بيع النسيئة بالنسيئة، وروى البيهقي عن نافع قال: هو بيع الدين بالدين^(٤).

وقد نوقش هذا الدليل من وجهين:

الأول: أن هذا الحديث في سنده ضعف^(٥).

ولكن أجب عن هذا الاعتراض: بأن الأمة قد اتفقت على الأخذ بمضمونه والاحتجاج به وإن كان بينهم خلاف فيما يتناوله ويصدق عليه.

(١) المراجع السابقة.

(٢) بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٨).

(٣) الاستصناع للثبتي ص ٥٠.

(٤) أخرجه الحاكم (٥٧/٢)، البيهقي (٢٩٠/٥).

(٥) قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي. قال الألباني: ضعيف: إرواء الغليل (٢٢٠/٥).

والثاني: أن النهي في الحديث نهي عام ويخصص بأدلة خاصة كاستصناعه ﷺ وصحابته ومن بعدهم إلى يومنا هذا ويخصص بالحاجة، ويقال بجوازه أخذاً بمبدأ التيسير الذي اشتملت عليه الشريعة الإسلامية^(١).

٢- حديث حكيم بن حزام في نهي رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عندك^(٢). وقد نوقش الدليل: من ناحية ضعف سنده، فقد ذكر ابن حزم أن فيه راوياً مجهولاً، وهو عبد الله بن عصمة.

وقد أجيب عن ذلك: بأن جماعة من أهل العلم كالترمذي وابن حبان والألباني قد صححوا هذا الحديث، وقد احتج به النسائي^(٣). ونوقش الدليل: أيضاً من ناحية المعنى. فإن معنى: "ما ليس عندك" أي ما ليس في ملكك.

قال البغوي: "هذا في بيع الأعيان دون الصفات"^(٤). وقال ابن القيم: "ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السنة النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيها النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر"^(٥).

٣- الإجماع: قال الإمام أحمد: أجمع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين^(٦).

(١) الاستصناع للثبيتي ص ٥٠.

(٢) أخرجه أبو داود، والنسائي، والترمذي (٥٣٤/٣)، قال الألباني صحيح، انظر: صحيح سنن الترمذي (١٧/٢).

(٣) إرواء الغليل (١٣٢/٥).

(٤) شرح السنة (١٤٠/٨).

(٥) إعلام الموقعين (٩/٢).

(٦) نظرية العقد ص ٢٣٥.

مناقشة هذا الدليل:

أ/ ورد عن الإمام أحمد أنه قال: من ادعى الإجماع فهو كاذب لعل الناس اختلفوا ولم ينته إليه فليقل: لا نعلم أن الناس اختلفوا أو لم يبلغنا ذلك.
وقد أوضح ابن القيم - رحمه الله - مراد الإمام من قوله هذا بأنه هو الرد على من يدعي الإجماع في المسألة، لأنه لم يجد ولم يعلم مخالفاً فيه، ولا يقصد استبعاد وقوع الإجماع^(١).

ب/ أن حديث النهي عن بيع الدين بالدين عام يخصه استصناعه ﷺ وصحابته وما عليه من الإجماع العملي الذي لم ينكر.

ج/ لا نسلم أن عقد الاستصناع هو بيع دين بدين فهذا لا يجوز، بل هو بيع ما هو ثابت في الذمة ليسقط بما هو في الذمة. وهنا محل خلاف بين الفقهاء وقد رجح شيخ الإسلام الجواز لأنه يقتضي تفريغ كل واحدة من الذمتين^(٢).

الترجيح:

بعد استعراض آراء كلا الفريقين نجد أنها أدلة قوية وما ورد عليه من اعتراضات رد عليه بمثلها. إلا أننا عندما ننظر إلى مقاصد الشارع في المعاملات وما اشتملت عليه الشريعة الإسلامية من رفع للجرح والمشقة والتيسير على الناس فإنني أرجح مذهب جمهور الحنفية في إجازة عقد الاستصناع، وهو ما انتهى إليه أيضاً مجمع الفقه الإسلامي^(٣).

* * *

(١) إعلام الموقعين (٣٠/١).

(٢) نظرية العقد ص ٢٣٥، فتاوى شيخ الإسلام (٤٧٢/٢٩).

(٣) عقد الاستصناع للثبتي ص ٦١.

المبحث الرابع الحكمة من مشروعية عقد الاستصناع

لا شك أن الحكمة من مشروعية عقد الاستصناع هي الحاجة الماسة لهذا النوع من التعامل فحاجات الإنسان لا تنتهي بل تزيد وتتطور بتقدم الحياة والمجتمعات، فالعرف والعادة والضرورة قد فرضت التعامل بهذا العقد على الناس في كل مكان وزمان ولن يجدوا بداً منه لفخامة البناءات وسائر المقاولات التي لا يستطيع المالك أن يستقل بالتصرف فيها إلا بطريق الاتفاق مع المقاولين والفنيين والمهندسين.

ومن المعلوم أن العادة والعرف لهما مدخل في الشرع ويقدمان في بعض الصور على الأصل وقد ترجم عليه البخاري في صحيحه فقال: "باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والكيل والوزن".

قال في الفتح: قال ابن منير وغيره، مقصوده بهذه الترجمة إثبات الاعتماد على العرف وأنه يقضي به على ظواهر الألفاظ... أ.هـ.

ثم إن العقود والشروط والمعاملات في البناءات وسائر الصناعات هي من الأفعال العادية لا من العبادات الشرعية التي تفتقر إلى دليل التشريع إذ الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بمقتضى التعاقد وليس فيها ربا أو قمار ولا نص في المنع منها.

وقد توسع الناس في الاستصناع في هذا الزمان على اختلاف أنواعه حتى صار من أكبر المعاملات، بحيث يتفقون مع المقاولين والشركات على بناء العمارات العظيمة ذات الطوابق والشقق وكذا المدارس والمستشفيات وحتى المساجد والبيوت كلها إنما تبني غالباً على سبيل الاستصناع بالصفات المتفق عليها بينهما، حتى صار من الأمر

العرفي الجاري به النظام في كل بلد^(١).

وفي القول بجواز عقد الاستصناع مصلحة للطرفين الصانع والمستصنع ومن ثم لكل أفراد المجتمع. وتبتدئ مصلحة المستصنع من حيث تأمين حاجاته ومطلوباته من السلع بالنوعية والموصفات التي يريدها ولتأمل ضخامة هذه المصلحة لو كان المستصنع شركة عملاقة أو دولة من الدول كما هو واقع الآن في الكثير الغالب من السلع المصنوعة. أما مصلحة الصانع فتبدو من خلال تأمين حجم مستمر متزايد من الطلب مما يعمل على توازن واستقرار التشغيل والعمالة لديه، إضافة إلى ما قد يحتاجه ذلك من مبالغ كبيرة للتمويل وبإيجاز نقول: إن الصفقات الكبرى الصناعية في عصرنا الحاضر إنما تتم من خلال صيغة الاستصناع^(٢).

(١) أحكام عقود التأمين للشيخ عبد الله آل محمود ص ٨٢-٨٣.

(٢) د. شوقي أحمد دنيا من مقال في مجلة الاقتصاد الإسلامي عدد ١٣٨ - عام ١٩٩٢ م.

المبحث الخامس تكييف عقد الاستصناع

اختلف الفقهاء في تكييف عقد الاستصناع فبعضهم قالوا: إنه وعد وليس عقداً، وآخرون قالوا: إنه عقد واختلفوا فيه هل هو عقد إجارة أو عقد بيع ؟ وآخرون أدرجوه تحت مسائل السلم وقالوا إنه سلم في الصناعات إلى غير ذلك من الأقوال وسأتناول ذلك بإذن الله في مطالب متعددة.

المطلب الأول: الاستصناع عقد أم وعد

أولاً: تعريف العقد في اللغة — هو الشد والربط والإحكام فهو نقيض الحل، من عقد يعقد عقداً، وعقد النكاح والبيع وجوبهما وعقد كل شيء إبرامه^(١).

العقد في الاصطلاح:

هو اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما بتنفيذ ما اتفقا عليه كعقد الزواج والبيع، وقيل ما يعقده العاقد على أمرٍ يفعلُه هو أم يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه^(٢).

ثانياً: الوعد لغة: يستعمل الوعد في الخير والشر، يقال: وعد يعد بالكسر — وعداً. قال الفراء: يقال وعدته خيراً ووعدته شراً، فإذا سقطوا الخير والشر قالوا في الخير الوعد والعدة، وفي الشر الإيعاد والوعيد^(٣).

وفي الاصطلاح: ما يطلبه الطالب فيعده صاحبه بإنفاذ ما يطلب منه^(٤). وحكمه عند جمهور الفقهاء يلزم ديانة لأقضاء.

(١) القاموس المحيط مادة عقد ص ٣٨٣.

(٢) القاموس الفقهي (العقد)، أحكام القرآن للحصاص (٢/٢٥٨).

(٣) مختار الصحاح ص ٣٠٣.

(٤) القاموس الفقهي (العقد)، أحكام القرآن للحصاص (٢/٢٥٨).

وقد اختلف جمهور الحنفية الذي قالوا بجواز الاستصناع هل هو عقد أم وعد على قولين:

القول الأول: أن الاستصناع عقد، وليس وعدًا وهذا قول جمهور الحنفية^(١).
واستدلوا على ذلك بأدلة:

١- أن محمد بن الحسن ذكر فيه القياس والاستحسان ولو كان مواعدة لما احتاج إلى ذلك.

٢- أنه أثبت فيه الخيار إذا فرغ منه الصانع لأنه اشترى ما لم يره.

٣- قالوا أيضاً: إذا قبض الصانع الأجر فإنه يملكه ولو كانت مواعدة لا معاودة لم يملكها^(٢).

٤- أن الاستصناع يجري فيه التحاكم للحاكم والتحاكم إنما يثبت في العقود الواجبة لا في الوعود.

٥- إن في القول بأن الاستصناع عقد وليس بوعد دفعا للضرر عن الصانع في إفساد أمتعته وآلاته، فرما لا يرغب غير المستصنع في شرائه على تلك الصفة^(٣).

القول الثاني: أن الاستصناع مجرد وعد وهذا رأي الحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة^(٤).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١- أن الصانع له ألا يعمل وهذا لا يكون في العقود، إذا العقود ملزمة لمن دخل فيها.

٢- أن المستصنع له الحق في عدم قبول ما يأتي به الصانع وله الرجوع أيضاً قبل تمام

(١) فتح القدير (٢٤٢/٦)، المبسوط (١٣٩/١٢)، بدائع الصنائع (٢٦٧٨/٦).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المبسوط (١٣٩/١٢).

(٤) البدائع (٢/٥)، المبسوط (١٣٩/١٢).

الصنعة أو رؤيتها. وهذا يدل على أنه وعد لا عقد.

مناقشة القولين: أن ما ذكرناه وارد على أمور أخرى غير عقد الاستصناع غير أن عقد الاستصناع من العقود اللازمة ليس لأحد العاقدين أن يرجع عن التزامه فيه^(١). وهذه المسألة لها ارتباط وثيق بمسألة لزوم العقد وعدمه - وسيأتي بيانه - إن شاء الله في مبحث لاحق.

الترجيح:

بعد استعراض آراء الفريقين يترجح لي قول جمهور الحنفية وهو أن الاستصناع عقد وليس وعداً وذلك لقوة أدلتهم. ولأن القول بأنه وعد يترتب عليه كثير من الأضرار على الصانع والمستصنع، فالصانع قد يتلف متاعه وأدواته ولا يجد من يرغب فيها بتلك الصفات التي طلبها المستصنع، والمستصنع أيضاً قد يتضرر بسبب مضي الوقت وعدم حصوله على حاجته. ومن قواعد الشريعة دفع الضرر عن المكلفين.

المطلب الثاني: الاستصناع والبيع

يرى بعض فقهاء الحنفية أن الاستصناع نوع من أنواع البيع قالوا: إنه نوع من البيع ليس على إطلاقه. وقد قسم السرخسي البيوع إلى أربعة أقسام منها... بيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع^(٢).

الفرق بين الاستصناع والبيع:

١- أن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية. بخلاف البيع فإنه لا يثبت فيه خيار الرؤية إلا بشرط إثباته^(٣).

٢- يشترط في الاستصناع العمل، والبيع لا يشترط فيه العمل إن تم على أنه بيع

(١) عقد الاستصناع د. الصالح ص ٨٢.

(٢) المبسوط (٨٤/١٥).

(٣) البدائع (٢٦٧٨/٦).

مطلق^(١).

وقد وردت مناقشات على هذا الرأي:

١- لا يمكن اعتبار الاستصناع بيعاً للمعدوم وبيع المعدوم لا يجوز شرعاً^(٢).

وأجيب عن ذلك. بأن المعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً في الأمور التالية:

التذكية فإن الناس للتسمية عند الذبح تجعل موجودة لعذر النسيان، وكذلك طهارة المستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلوات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً للتعامل^(٣).

٢- أن الاستصناع لو كان بيعاً لما بطل بموت أحد العاقلين عند الحنفية^(٤).

وقد أجيب عن هذا: بأن له شبهاً بالإجارة من جهة واحدة وهي أن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل فأشبهه بالإجارة^(٥).

والقول ببطالان عقد الاستصناع بموت أحد العاقلين أرجعه الحنفية إلى كون الاستصناع له شبه بالإجارة، لكن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد العاقلين إذا لم يتعذر استيفاء المنافع من الورثة^(٦).

المطلب الثالث: الاستصناع والسلم

السلم: هو بيع آجل بعاجل، أو بيع شيء موصوف في الذمة يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المبيع (المثمن) لأجل، أو هو أن يسلم عوضاً حاضراً في مقابل عوض موصوف

(١) المرجع السابق.

(٢) العناية على فتح القدير (٣٥٥/٥).

(٣) المرجع السابق.

(٤) البدائع (٢٦٧٨/٦)، المبسوط (٨٤/١٥).

(٥) حاشية ابن عابدين (٢٢٤/٥).

(٦) حاشية ابن عابدين (٤٧٥/٧)، عقد الاستصناع د. كاسب بدران ص ١٢٩.

في الذمة إلى آجل^(١).

وقد ذكرت في حكم الاستصناع أن جمهور الفقهاء لا يجيزون الاستصناع كعقد مستقل بل قالوا: إنه نوع من السلم يسمى (السلم في المصنوعات) وبين الاستصناع والسلم أوجه تشابه وأوجه اختلاف.

أولاً: أوجه الشبه:

١- أن كلا من السلم والاستصناع بيع لشيء معدوم ولكن جوازاً لمسيس الحاجة إليهما.

٢- يتفق العقدان في أنه لا بد من ضبطهما بالصفة التي تنفي الجهالة^(٢).

٣- لا يجوز اشتغال كلا العقدتين على الربا، كأن اتحد الثمن والمبيع في الجنس^(٣).

ثانياً: أوجه الاختلاف^(٤):

١- أن المبيع في السلم دين تحتمله الذمة. أما في الاستصناع فإن المبيع عين موصوفة في الذمة كاستصناع أثاث أو إناء أو غير ذلك.

٢- يُشترط في السلم وجود الأجل عند الجمهور في الشافعية. أما الاستصناع فلا يُشترط فيه ذلك، بل في اجتهاد أبو حنيفة لو ضرب الأجل انقلب سلماً.

٣- في عقد السلم لا يُشترط أن يكون المسلم فيه مصنوعاً بل يكون غالباً في الطعام أو الحيوان. أما لاستصناع فيُشترط فيه الصنع.

٤- أن السلم يكون في المثليات فقط إلا من يجيز السلم في الحيوان. أما الاستصناع فيكون في المثلي والقيمي.

(١) عقد الاستصناع د. الرحيلي ص ١٢.

(٢) كفاية الاختيار (١/١٥٩).

(٣) عقد الاستصناع د. الرحيلي ص ١٢.

(٤) بدائع الصنائع (٥/٢٦٧)، حاشية ابن عابدين (٥/٢٢٦)، عقد الاستصناع د. الصالح ص ١٠٤، عقد الاستصناع د. الرحيلي ص ١٥.

- ٥- يُشترط في السلم قبض رأس المال كله في مجلس العقد، ولا يُشترط في الاستصناع - عند جمهور الحنفية - ويكتفي الناس عادة بدفع جزء من الثمن ويؤخر الباقي لحين تسليم الشيء المصنوع وقد لا يدفع شيء من الثمن حتى يسلم المصنوع.
- ٦- السلم عقد لازم لا يجوز فسخه بإرادة أحد العاقلين وإنما بتراضيهما. أما الاستصناع فقد جرى فيه الخلاف - وسيأتي في مبحث قادم إن شاء الله -.

المطلب الرابع: الاستصناع والإجارة

الإجارة: هي بيع منافع معلومة بعوض معلوم، وهي معاوضة صحيحة، يجري فيها ما يجري في البيوع من الحلال والحرام.

والإجارة في هذا المبحث تنصرف إلى الإجارة على الصنع^(١).

حيث ذكر صاحب العناية أن الاستصناع إجارة محضة، وردّ عليه في الصبغ العمل والعين كما في الاستصناع وذلك إجارة محضة ؟

أجيب بأن الصبغ أصل، والصبغ آله فكان المقصود منه العمل وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر، وههنا - أي في الاستصناع - الأصل فيه العين المستصغ المملوك للصانع فيكون بيعاً، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبه الإجارة في حكم واحد لا غير^(٢).

فقياس الاستصناع على فعل الصباغ قياس مع الفارق.

ويتضح من ذلك أن الإجارة على الصنع تتفق مع الاستصناع في كون العمل على العامل وهو الصانع وفي الاستصناع والأجير في الإجارة على الصنع. ويختلفان في شيئين:

- ١- محل البيع: ففي الإجارة على الصنع المحل في العمل أما في الاستصناع فهو العين

(١) عقد الاستصناع د. الصالح ص ٩١.

(٢) شرح العناية على الهداية مع فتح القدير (٢٤٣/٦).

الموصوفة في الذمة لا يبيع العمل.

٢- في الإجارة على الصنع يقدم المستأجر للعامل المادة، والعمل على العامل. أما في الاستصناع فالمادة والعمل من الصانع^(١).

المطلب الخامس: الاستصناع إجارة ابتداءً وبيع انتهاءً

ذهب بعض الحنفية إلى أن الاستصناع (إجارة ابتداءً وبيع انتهاءً) جاء في فتح القدير: (هو إجارة ابتداءً، وبيع انتهاءً، لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أهم قالوا: إذا مات الصانع يطل، ولا يستوفى المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع)^(٢).

وقالوا في توجيه هذا الرأي: إن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعاً فلا بد من اعتبارهما جميعاً. واعتبارهما جميعاً في حالة واحدة متعذرة لأن بين الإجارة والبيع تنافياً فجوزناها إجارة ابتداءً، لأن عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد الإجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناها إجارة ابتداءً، وجعلناها بيعاً قبل التسليم^(٣).

المطلب السادس: الاستصناع والمقاولة

المقاولة: اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم للآخر بعمل معين مستكمل بشروط خاصة كبناء أو إصلاح طريق^(٤).

وهو اصطلاح قانوني حديث إلا أنه في الشريعة الإسلامية يطلق على عقد الإجارة على العمل ويسمى الأجير على عمل موصوف بالأجير المشترك.

والاستصناع يعد ضرباً من ضروب ما يعرف الآن بالمقاولة، إذ هي أن يتعهد أحد

(١) المرجع السابق.

(٢) (١١٦/٧).

(٣) عقد الاستصناع د. علي القرة داغي. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٧، عام ١٤١٢ هـ.

(٤) المعجم الوسيط مادة (قول).

العاقدين بأن يصنع شيئاً للطرف الثاني مقابل ثمن معين، فإن تعهد المفاوض بتقديم العمل والمادة كانت مقالة في العرف واستصناعاً في الشرع، وإن تعهد بتقديم العمل فقط كانت مقالة في العرف وإجارة في الشرع. وعليه فإن المقالة أعم من الاستصناع في الشرع^(١).

المطلب السابع: هل الاستصناع جعالة؟

الجعالة: هي التزام عوض معلوم على عمل معين، أو مجهول عسر علمه وهي عقد على عمل، وهو عقد غير لازم قبل الإتيان بالشئ المطلوب مثل أن يقول: من رد بعيري فله كذا..^(٢).

وجاء في الموسوعة الفقهية: (الجعالة تتفق مع الاستصناع في أنهما عقدان شرط فيهما العمل، ويفترقان في أن الجعالة عامة في الصناعات وغيرها، إلا أن الاستصناع خاص في الصناعات كما أن العمل في الجعالة قد يكون معلوماً وقد يكون مجهولاً في حين أن الاستصناع لابد أن يكون العمل معلوماً^(٣)).

الترجيح:

على ضوء ما سبق من الآراء في تكييف عقد الاستصناع والنظر في العقود المشابهة نستنتج أن الاستصناع عقد مستقل خاص، محله العمل والعين معاً. وبذلك يمتاز عن البيع الذي محله العين، وعن الإجارة التي محلها العمل وعن السلم الذي محله الذمة أن العين الموصوفة في الذمة. وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي.

* * *

(١) عقد الاستصناع د. البدران ص ١٣٩-١٤١، عقد الاستصناع د. الصالح ص ١٠٦-١١٢.

(٢) البحرمي على شرح الخطيب (٢٣٨/٣).

(٣) الموسوعة الفقهية (٣٢٦/٣).

المبحث السادس

شروط عقد الاستصناع

الشرط لغة: إلزام الشيء والتزامه كالشريطة. جمع شروط وشرائط^(١).
وشرعاً: هو ما يلزم من عدمه العدم^(٢).

وشروط الاستصناع هي:

١- أن يذكر في العقد أوصاف الشيء المراد صنعه على شكل يؤدي إلى بيانه وتحقيق العلم به يقول الكاساني: "وأما شرائط جوازه فمنها بيان جنس المصنوع ونوعه، وقدره، وصنعه لأنه لا يصير معلوماً بدون ذلك"^(٣).

٢- أن يكون الاستصناع في الأشياء التي جرى العرف بالتعامل بها وقد ذكر فقهاء الحنفية عدة أمثلة لذلك فقالوا. مثل استصناع الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال، ونحو ذلك^(٤). ويجب ملاحظة أنهم لم يريدوا حصر الاستصناع في هذه الأشياء بل أرادوا التمثيل فقط. لذلك قد تختلف صناعات عصر عن عصر آخر فيمكن أن يضاف إلى ذلك كل الصناعات الخفيفة والثقيلة والبرية والبحرية والجوية وغيرها الموجودة في عصرنا الحاضر.

٣- أن يحدد فيه الزمن سواء كان قصيراً أم طويلاً. وقد اختلفت الحنفية في هذه المسألة على قولين:

الأول: رأي أبي حنيفة^(٥): فقد اشترط أن لا يكون في عقد الاستصناع أجل، وقد استدل أبو حنيفة على ذلك بأنه إذا ضرب فيه الأجل فقد أتى بمعنى السلم إذ هو على

(١) تاج العروس، فصل الشين باب الطاء.

(٢) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٧.

(٣) بدائع الصنائع (٦/٢٦٧٨).

(٤) فتح القدير (١٣٤/٧)، حاشية ابن عابدين (٢١٣/٤).

(٥) بدائع الصنائع (٧/٢١٣٤)، حاشية ابن عابدين (٢١٣/٤).

مبيع في الذمة مؤجلاً. والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ. مع العلم أن مراد الحنفية بالأجل عند إطلاقه هو شهر والشهر يعتبر أقل أجل للسلم. فالذين يشترطون في الاستصناع أن لا يكون فيه أجل إنما يريدون الشهر فما فوق، فإذا ذكر أجل دون الشهر فهو استصناع عند أبي حنيفة وصاحبيه لأنه لا يصح أن يكون سلفاً^(١).

والعلة الثانية في منع الأجل في الاستصناع عند أبي حنيفة أن الأجل يختص بالديون، لأنه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة إنما يكون في عقد فيه مطالبه، وليس ذلك إلا في السلم إذ لا دين في الاستصناع^(٢).

القول الثاني: ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أن هذا ليس بشرط بل هو استصناع على أي حال سواء ضرب له أجل أم لا.

واستدل صاحبان بأن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة. فلا يخرج به عن كونه استصناعاً^(٣).

الترجيح:

الذي يظهر لي رجحانه هو قول صاحبين، بل من الضرورة وجود المدة في العقد، وذلك لأن عقد الاستصناع عقد قائم على العمل والعين المؤجلين عادة، وكل ما هو شأنه لا بد فيه من تحديد المدة لئلا يؤدي إلى النزاع والخصام، وذلك لأن الصانع قد يتأخر في التنفيذ، والمستصنع يريد التعجيل فإذا لم يكن في العقد تحديد للمدة أدى بلا شك للنزاع. وحسماً للنزاع يجب التحديد. ثم إذا حددت المدة يجب الالتزام بها بأن يكمل المصنوع قبل انتهائها أما إذا انتهت دون إكمال الشيء المستصنع فإن للمستصنع حق الفسخ^(٤) كما هو الشأن في كل العقود التي يحدد فيها الوقت.

(١) عقد الاستصناع د. الصالح ص ١٣٣.

(٢) البدائع (٢٦٧٨/٦).

(٣) المرجع السابق.

(٤) عقد البيع لمصطفى الزرقاء ص ١٢٣.

المبحث السابع

آثار عقد الاستصناع

إذا انعقد عقد الاستصناع مستوفياً لأركانه وشروطه تترتب عليه آثار من أهمها وبإيجاز ما يلي:

١- ثبوت الملك للمستصنع في الشيء المستصنع، وثبوت الملك في الثمن المتفق عليه للصانع.

٢- أن يقوم الصانع أو مصنعه بعمل الشيء المصنوع حسب المواصفات المطلوبة، وهذا هو مقتضى عقد الاستصناع. ولذلك ليس من حقه أن يذهب إلى السوق ويشتري له شيئاً مصنوعاً حتى وإن كان موافقاً لما طلب منه، لأن عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين، ولكن إذا أراد غير ذلك فيمكن أن يصاغ العقد على صورة السلم بأن يتم الاتفاق على أن يأتي الصانع بعين موصوفة بصفات كذا وكذا خلال أجل محدد وحينئذ يشترط فيه شروط السلم^(١).

٣- ثبوت خيار الرؤية للمستصنع بحيث إذا أكمل الصانع الشيء المراد صنعه وسلمه للمستصنع يكون له الخيار إذا كان غير مطابق للمواصفات وإلا فهو ملزم بأخذه ودفع الثمن المتفق عليه^(٢).

وموضوع آثار عقد الاستصناع له صلة بموضوع لزوم عقد الاستصناع وعدم لزومه وسأتعرض لذلك من خلال المبحث التالي.

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٨٠).

(٢) عقد الاستصناع د. علي محمد القرة داغي. مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

المبحث الثامن

عقد الاستصناع من حيث لزوم وعدمه

لعلماء الحنفية الذين أجازوا عقد الاستصناع تفصيل في لزوم هذا العقد حسب مراحله.

المرحلة الأولى: بعد صدور الإيجاب والقبول من الطرفين وقبل بدء العمل، فالعقد فيها غير لازم باتفاق الحنفية.

المرحلة الثانية: هي بعد إجراء العقد وبعد الفراغ من العمل لكن قبل أن يراه المستصنع، ففي هذه الحالة أيضاً غير لازم.

المرحلة الثالثة: هي إذا أكمل الصانع الشيء الذي طلب صنعه وأحضره أمام المستصنع، أو وكيهه وحينئذ إما أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات التي طلبت في العقد أم لا.

فإن لم يكن مطابقاً للمواصفات المطلوبة فإن المستصنع بالخيار وإن كان مطابقاً للشروط والمواصفات المطلوبة في العقد فقد سقط خيار المستصنع، هذا على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

وروي عن أبي حنيفة أن لكل واحد منهما الخيار.

وروي عن أبي يوسف أنه لا خيار لهما.

وقد ذكر الكاساني أدلة كل رأي فقال في وجه استدلال الرأي الأول:

بسقوط حق الصانع في الخيار بعد إكمال المصنوع وعرضه على المستصنع بأن الصانع بائع ما لم يره فلا خيار له. ثم ذكر السبب في عدم سقوط حق المستصنع في الخيار: بأن المستصنع مشترٍ ما لم يره فكان له الخيار.

واستدل الرأي الثاني: بأن في تغيير واحد منهما دفع الضرر عنه وأنه واجب.

واستدل الرأي الأخير: بأن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع حق الامتناع من أخذه لكان فيه إضرار بالصانع. بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع: (لا أريد لأنا لا ندرى أن العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه إضرار بصاحبه فثبت الخيار، وأما الدليل على أن الصانع ليس له الخيار فهو قوله (... الصانع بالإحضار أسقط خيار نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله كالبيع الذي فيه شرط الخيار للعاقدين إذا أسقط أحدهما خياره أنه يبقى خيار الآخر، كذا هذا)^(١).

الترجيح:

الذي يترجح لي في القول بأن عقد الاستصناع عقد لازم إنما هو رواية عن أبي يوسف. لأن النصوص الشرعية دالة بوضوح على وجوب الوفاء بالعقود والعهود والالتزامات من قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٣). وكذلك تدل أحاديث كثيرة على ذلك منها قول النبي ﷺ: ((المسلمون على شروطهم))^(٤).

وفي القول بعدم لزوم عقد الاستصناع أضرار كبيرة للطرفين بل أنه إذ لم يكن عقداً لازماً لا يمكن الإفادة منه، لأنه بإمكان أي واحد التخلص من آثار العقد، بل قد يؤدي إلى أضرار كبيرة للطرفين، فقد يقدم الصانع على صنع الشيء الذي طلب منه المستصنع يأتي الأخير ويقول له: لا أريده، وحينئذ ماذا يفعل به فقد لا يقبل آخر

(١) بدائع الصنائع (٦/٢٦٨٠)، عقد الاستصناع د. علي القرة داغي. مجلة مجمع الفقه الإسلام العدد السابع.

(٢) سورة المائدة الآية ١.

(٣) سورة الإسراء الآية ٣٤.

(٤) البخاري فتح الباري (٤/٤٥١)، كتاب الإجارة.

بالشيء المستصنع على ضوء مواصفاته الحالية وهذا توريط كبير منه إلى الصانع فيتضرر به ضرراً كبيراً، وقد يتضرر به المستصنع حيث ينتظر فترة شهر أو أكثر ليكمل له الصانع الشيء المطلوب صنعه فلو كان بالخيار وباع الصانع المصنوع ماذا يفعل المستصنع؟ فهذه الأضرار لا تقبلها الشريعة.

ومن جانب آخر أن عقد الاستصناع له شبه مجموعة من العقود وكلها عقود ملزمة، وهي السلم، والبيع، والإجارة، كما أن المعقود عليه في الاستصناع هو العمل والعين الموصوفة في الذمة وكل واحد منهما لو أصبح وحده محلاً للعقد كان عقداً لازماً فكذلك العقد الوارد عليهما معاً، فالعقد الذي محله العمل هو الإجارة، وهو ملزم، وكذلك العقد الوارد على العين الموصوفة وهو السلم ملزم فيكون من الطبيعي المركب من اللزوم ملزماً^(١).

(١) د. علي القرة داغي، مجلة مجموع الفقه الإسلامي، مرجع سابق.

المبحث التاسع

انتهاء عقد الاستصناع

ينتهي عقد الاستصناع بما تنتهي به سائر عقود المعاوضات من وفاء المتعاقدين بالالتزامات المتبادلة التي يوجبها العقد وهي:

أولاً: من جهة الصانع^(١).

١- إتمام صنع المادة الخام وتشكيلها طبقاً للمواصفات المتفق عليها.

٢- تسليم المطلوب صنعه إلى المستصنع.

٣- استلام الثمن المتفق عليه بينهما.

ثانياً: من جهة المستصنع^(٢).

١- إعطاء المواصفات المطلوبة للصنع إلى الصانع عند التعاقد.

٢- استلام المطلوب صنعه.

٣- دفع الثمن المتفق عليه للصانع.

هل ينتهي عقد الاستصناع بوفاة أحد العاقدين ؟

يرى الحنفية^(٣) أن عقد الاستصناع ينتهي بوفاة الصانع، قياساً على عقد الإجارة

ويمكن الرد على ذلك من وجهين:

الأول: أن بطلان الإجارة بموت المستأجر مسألة ليست متفق عليها بل هي خلافية

حيث ذهب معظم الفقهاء إلى أن الإجارة لا تبطل بموت العاقدين ولا بموت

أحدهما^(٤).

(١) عقد الاستصناع د. كاسب بدران ص ٢٢٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) فتح القدير (٢٤٤/٦).

(٤) روضة الطالبين (٢٤٥/٥).

الثاني: إن هذا قياس مع الفارق ذلك لأن المعقود عليه في الإجارة هو العمل فقط، بينما المعقود عليه في الاستصناع هو العين والعمل معاً. وحتى الحنفية أثبتوا للاستصناع أحكاماً لا توجد بالإجارة، مثل خيار الرؤية وعدم اللزوم ونحوهما.

لذا فالقول بعدم انتهاء عقد الاستصناع بموت أحد العاقدين أو موتهما هو الراجح لاسيما في وقتنا الحاضر الذي أصبحت للمصانع والشركات شخصية معنوية دائمة مستمرة ببقاء الشركة أو المصنع، وأن الأشخاص بذواتهم ليست لهم أثر في شخصية الشركة^(١).

لكن يستثنى من ذلك ما لو كان الصانع فرداً أو شخصية محل اعتبار في العقد من حيث خبرته ومهارته فإن عقد الاستصناع ينتهي بموته. أما بالنسبة للمستصنع فالعقد لا ينتهي بموته، وإنما ينتقل حقه إلى ورثته^(٢).

* * *

(١) عقد الاستصناع د. كاسب بدران ص ٢٢٦.

(٢) عقد الاستصناع د. الصالح ص ١٤٩.

المبحث العاشر

أهمية عقد الاستصناع في عصرنا الحاضر وتطبيقاته المعاصرة

إن لعقد الاستصناع أهمية بالغة من عدة جوانب:

الجانب الأول: أنه عقد فيه تيسير كبير على المسلمين، وذلك لأنه لا يُشترط فيه تسليم الثمن، ولا المثلن، فهو تغطية كاملة لجانبين مهمين هما: عقد السلم الذي لا يُشترط فيه وجود المسلم فيه، ولكن يجب تسليم الثمن في المجلس عند الجمهور، وفي ثلاثة أيام عند المالكية، وعقد بيع الأجل الذي لا يُشترط فيه تسليم الثمن، ولكن لا بد من وجود المثلن (المبيع) وتسليمه إلى المشتري.

وبذلك اكتملت جميع الجوانب الثلاثة، وغطيت الحاجة الأساسية للمجتمع المسلم الذي يحتاج كثيراً إلى هذه العقود الثلاثة.

الجانب الثاني: أن عقد الاستصناع له دور بارز في تطوير المصانع وتنمية المجتمع، وتطويره، وكان له دور في المجتمعات السابقة، ودوره اليوم أكثر، نظراً لحاجة المصانع إلى الأموال، وإلى التشغيل، فكثير من المصانع ليس لها من السيولة ما يكفي لتطويرها كما أنها قد تخاف من صنع مواد لا يشتريها الناس، وحينئذ تكسد بضائعها ومصنوعاتها، فتخسر، وقد يؤدي ذلك إلى غلقها وإفلاسها، ولكن يباح لها من التعاقد على المصنوعات، وتضمن لنفسها قبل البدء مشتريين وزبائن فتقدم على التصنيع وهي مطمئنة من عدم الخسارة، بل من الربح. وبذلك تنمو المصانع وتكثر المصنوعات، بل وقد ترخص نتيجة لذلك وللتنافس.

وأما تطبيقاته المعاصرة فهي كثيرة: حيث يمكن تطبيقه على كل ما دخلت فيه الصناعة، فهي تشمل جميع الصناعات التي يقوم بصنعها المصانع أو الصناع، من

الطائرات والصواريخ، إلى صنع الأحذية والأثواب ونحوها، وهي تشمل أيضاً بناء العقارات، وتصنيع المباني الجاهزة وغيرها، إذا توفرت الشروط السابقة، بل إن المصنوعات أسهل في تطبيق الاستصناع نظراً إلى أن المصانع اليوم آلية في معظمها، وبالله التوفيق.

* * *

الخاتمة

انتهيت في هذا البحث إلى النتائج الآتية:

- ١- مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحياتها الدائمة لتلبية احتياجات الناس ورفع الحرج عنهم.
- ٢- عقد الاستصناع عقد شرعي مستقل عن السلم وغيره، وإن كان فيه شبهة من البيع والإجارة والسلم.
- ٣- يراعى في عقد الاستصناع تحديد العمل والزمن والضمن وكل ما يرفع النزاع بين المتعاقدين.
- ٤- عقد الاستصناع عقد لازم على الصحيح وخاصة بعد الانتهاء من المطلوب.
- ٥- للمستصنع الخيار قبل انتهاء المطلوب، وعند الانتهاء ومخالفة المواصفات.
- ٦- عقد الاستصناع يلي كثير من الاحتياجات المعاصرة، ويمكن تطبيقه على كل الصناعات المعاصرة بضوابطه الشرعية.

* * *

المراجع

- القرآن الكريم.
- أحكام القرآن: أحمد بن علي الرازي الجصاص (ت: ٣٧٠هـ) بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م) طبع عبد السلام شاهين.
- أحكام عقود التأمين للشيخ عبد الله آل محمود.
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول: محمد بن علي الشوكاني (ت: ١٢٥٠هـ)، المؤسسة السعودية بمصر، مطبعة المدني، الطبعة الأولى (١٤١٣هـ/ ١٩٩٢م).
- الاستصناع: د. علي السالوس.
- الاستصناع: للثبتي.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، أبو عبد الله (ت: ٧٥١هـ) بيروت، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى (١٤١٦هـ/ ١٩٩٦م).
- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: علاء الدين علي بن سليمان بن أحمد المرادي السعدي الحنبلي، أبو الحسن (ت: ٨٨٥هـ) بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، منشورات: محمد علي بوضون، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م).
- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة لمجموعة بحث د. الأشقر.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت: ٧٥١هـ) بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الثانية -٦٠٦-

- (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) تحقيق: محمد عدنان درويش.
- تاج العروس في جواهر القاموس: محمد بن محمد بن محمد الزبيدي أبو الفیصل (ت: ١٢٠٥هـ) بيروت، دار مكتبة الحياة.
- تحفة الفقهاء: علاء الدين محمد السمرقندي، بيروت، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤٠٥هـ/١٩٨٤م).
- حاشية رد المحتار على الدر المختار: محمد أمين الشهير بابن عابدين (ت: ١٢٥٢هـ) الطبعة الأولى.
- سنن الترمذي الجامع الصحيح: محمد بن عيسى سورة الترمذي، أبو عيسى (ت: ٢٧٩هـ) بيروت، دار الفكر، الطبعة الثانية (١٤٠٣هـ/١٩٨٣م).
- السنن الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، أبو بكر (ت: ٤٥٨هـ) مكة المكرمة، دار الباز للنشر والتوزيع، عباس أحمد الباز.
- فتح الباري بشرح صحيح البخاري: أحمد بن علي حجر العسقلاني (ت: ٨٥٢هـ) بيروت، دار الفكر، الطبعة الأولى (١٤١١هـ/١٩٩٠م) تحقيق: الشيخ عبد العزيز بن باز.
- عقد الاستصناع: د. كاسب بدران.
- عقد الاستصناع: د. الصالح.
- عقد الاستصناع: د. الزحيلي.
- عقد الاستصناع: د. علي القرعة داغي، مجلة الفقه الإسلام العدد (٧) عام ١٤١٢هـ.
- عقد الاستصناع: د. البدران.
- عقد الاستصناع: د. نعمان السامرائي، مجلة النور العدد (١١٥) ذي الحجة.

- عقد الاستصناع: للزرقاء.
- فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوطي السكندري المعروف بابن همام (ت: ٦٨١هـ) دار الفكر، الطبعة الثانية (١٣٩٧هـ).
- الفروع: شمس الدين المقدوسي محمد بن مفلح أبو عبد الله (ت: ٣٦٧هـ) بيروت، عالم الكتب العربية، الطبعة الرابعة (١٤٠٤هـ/١٩٨٤م) مطبوع معه تصحيح الفروع.
- القاموس المحيط: محمد بن يعقوب بن محمد الفيروزآبادي أبو الطاهر (ت: ٨١٧هـ) بيروت، محمد، مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية (١٤٠٧هـ).
- كشف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت: ١٠٥١هـ) بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع (١٤٠٢هـ/١٩٨٢م) راجعه: هلال مصلحي مصطفى هلال.
- كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي: علاء الدين عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت: ٧٣٠هـ) لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ) تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر.
- لسان العرب: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري أبو الفضل (٧١١هـ) بيروت، دار صادر، الطبعة الأولى (١٤١٠هـ/١٩٩٠م) المكتبة التجارية مصطفى أحمد الباز.
- المبسوط: شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي (ت: ٤٨٢هـ) بيروت، دار المعرفة (١٤٠٩هـ/١٩٨٩م).
- المستدرک علی الصحیحین فی الحدیث: محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم، أبو عبد الله (ت: ٤٠٥هـ) مصر المطبعة الأميرية (١٤٢٢هـ) الطبعة الأولى.

- مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني: (ت: ٢٤١هـ) وبهامشه مستحب كنز العمال في حسن الأقوال والأفعال، بيروت، دار الفكر.
- مقال في مجلة الاقتصاد الإسلامي. د. شوقي أحمد دنيا عدد ١٣٨، عام ١٩٩٢م.
- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني (ت: ٩٧٧هـ) بيروت، لبنان، دار المعرفة، الطبعة الأولى (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) اعتنى به: محمد خليل عيتاني.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (ت: ٩٥٤هـ) لبنان، دار الفكر، الطبع الثالثة (١٤١٢هـ/١٩٩٢م).
- المذهب في فقه الإمام الشافعي: إبراهيم بن علي الفيروزآبادي الشيرازي (ت: ٤٧٦هـ) لبنان، دار الفكر، مطبوع مع المجموع.

* * *

